

Sygn. akt I ACa 504/13

I ACz 896/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 listopada 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Magdalena Pankowiec (spr.)
Sędziowie	:	SA Małgorzata Dołęgowska SA Beata Wojtasiak
Protokolant	:	Urszula Westfal

po rozpoznaniu w dniu 8 listopada 2013 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **A. P.**

przeciwko **Miastu O.**

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego i zażalenia powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 22 maja 2013 r. sygn. akt VII GC 256/12

I. oddala apelację;

II. zasądza od pozwanego na rzecz powoda 2.700 zł tytułem zwrotu kosztów instancji odwoławczej;

III. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 3 w ten sposób, że zasądza od pozwanego na rzecz powoda 17.347 zł tytułem zwrotu kosztów procesu; zasądza od pozwanego na rzecz powoda 653 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania zażaleniowego.

UZASADNIENIE

Powód A. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład (...) w O. wystąpił z powództwem przeciwko pozwanej Gminie Miejskiej – Miastu O. o zapłatę 168.666,82 zł z ustawowymi odsetkami od 10 sierpnia 2012 r. tytułem wynagrodzenia za roboty dodatkowe, a nadto 1.832,42 zł z ustawowymi odsetkami od dnia wytoczenia powództwa

tytułem odsetek za nieterminowe uregulowanie przez pozwaną należności wynikającej z faktury na kwotę 395.759,79 zł z terminem płatności 5 maja 2012 r., uregulowanej 18 maja 2012 r.

Pozwana Gmina Miejska – Miasto O. nie uznała powództwa i wносиła o jego oddalenie. Wskazywała, że nie doszło do zawarcia umowy o roboty dodatkowe i nie zaszyły przesłanki obiektywnej niemożności ich przewidzenia, żadna z osób wskazywanych przez powoda nie miała umocowania do zaciągania zobowiązań w imieniu pozwanej, wynagrodzenie w umowie podstawowej ma charakter ryczałtowy i wykonane przez powoda prace objęte były zamówieniem podstawowym w ramach prawidłowego wykonania zadania inwestycyjnego.

Sąd Okręgowy w Białymstoku zaskarżonym wyrokiem zasądził od pozwanego na rzecz powoda dochodzone kwoty wraz z odsetkami i kosztami procesu.

Z ustaleń tego Sądu wynika, że w dniu 23 września 2011 r. doszło do podpisania pomiędzy Miastem O. jako zamawiającym, a A. P. jako wykonawcą umowy o roboty budowlane. Przedmiotem umowy było zadanie inwestycyjne określone jako „Budowa Ronda (...), wykonanie przebiecia do ul. (...) oraz droga dojazdowa do Centrum (...) w O.". Zakres rzeczowy robót określały dokumenty w postaci opisu przedmiotu zamówienia zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, szczegółowa oferta przetargowa wykonawcy oraz dokumentacja budowlana, stanowiące załączniki do umowy (§ 1 umowy).

Strony ustaliły, że za wykonanie przedmiotu umowy określonego w § 1 wykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 2.932.719,97 zł. brutto (§ 4 umowy). Strony w umowie zastrzegły również dopuszczalność i tryb zlecenia robót dodatkowych, jeżeli konieczność ich wykonania wystąpi w toku realizacji robót, a zakres nie przekroczy 50% zamówienia (§ 6 umowy). Roboty miały być potwierdzone protokołem konieczności, wykonawca zobowiązany był je wykonać na dodatkowe zamówienie zamawiającego, udzielone z wolnej ręki, przy zachowaniu tych samych norm, standardów, parametrów i nośników cenotwórczych, ujętych w kosztorysie ofertowym.

Podpisanie umowy na realizację przedmiotowej inwestycji poprzedziło postępowanie przetargowe prowadzone na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) i w ramach tej procedury powód wyłoniony został jako jej wykonawca. Przedmiot umowy zdefiniowany został w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz w dokumentacji projektowej sporządzonej przez (...) z siedzibą w K.. Powód zobligowany był do stosowania w procesie zamówienia i realizacji inwestycji ustawy o zamówieniach publicznych, co determinowało zarówno tryb, formę, jak i postanowienia dodatkowe zawarte w umowie stron, w tym szczególnie w zakresie dopuszczalności zmiany umowy, jej formy, zlecenia robót dodatkowych. W toku realizacji inwestycji zaistniała potrzeba wykonania poszczególnych robót, określanych przez powoda jako roboty dodatkowe, które stanowiły przedmiot sporu pomiędzy stronami, tak w zakresie kwalifikacji tych robót, jak podstawy wynagrodzenia.

Sąd Okręgowy wskazał, że wstępnie przesądzenia wymagał charakter opisanych przez powoda robót i ich kwalifikacja jako roboty dodatkowe, gdyż ta kwestia miała istotny wpływ na ocenę zasadności roszczenia powoda.

Ustalił, że realizacja inwestycji odbywała się na podstawie odrębnych pozwoleń na budowę. Prowadzono odrębne Dzienniki Budowy: w zakresie części inwestycji dotyczącej budowy ronda przy Centrum (...) – pozwolenie na budowę z 24 lipca 2009 r. Nr (...) i Dziennik Budowy Nr (...), budowy drogi dojazdowej do Centrum – pozwolenie na budowę z 11 stycznia 2010 r. Nr (...) i Dziennik Budowy Nr (...). Pomimo formalnego podziału wynikającego z dokumentacji, była to jedna inwestycja prowadzona w oparciu o jedną procedurę przetargową i jedną umowę o roboty budowlane. Funkcję inspektora nadzoru sprawował Z. S., funkcję kierownika budowy na odcinku budowy ronda sprawował M. P., na odcinku budowy Centrum od marca 2012 r. przejął ją W. B..

Całość robót zakończona została w dniu 29 maja 2012 r. potwierdzona wpisami do dzienników budowy przez kierowników budowy. W obu inspektor nadzoru 30 maja 2012 r. potwierdził zakończenie robót i złożenie kompletnego operatu kolaudacyjnego. 2 lipca 2012 r. sporządzony został protokół z końcowego technicznego odbioru robót z udziałem powoda, inspektora nadzoru i kierowników robót (bez udziału przedstawicieli zamawiającego),

stwierdzający wykonanie robót zgodnie z umową, projektem oraz sztuką budowlaną, który przekazany został zamawiającemu. Zamawiający zakwestionował wykonanie inwestycji zgodnie z umową, czego następstwem była wymiana licznej korespondencji między stronami. Przedmiotem sporu były nie tylko roboty dodatkowe, lecz także jakość wykonanych prac i kolor użytej kostki brukowej, co jest aktualnie rozstrzygane w innej sprawie, zawisłej przed Sądem Okręgowym w Białymstoku. Zamawiający nie uznał ustaleń Komisji z dnia 2 lipca 2012 r., 1 czerwca 2012 r. powołał Komisję Odbioru i wyznaczył rozpoczęcie odbioru na dzień 5 czerwca 2012 r., które zakończono w dniu 28 sierpnia 2012 r.

W toku realizacji inwestycji powód wykonał prace, które obejmowały:

- karczowanie 5 drzew w obrębie ronda wartości 2.330,43 zł,
- położenie kabla energetycznego kolidującego z separatorem wartości 1.975,06 zł,
- uszczelnienie kolektora 1500 w hkm 0+079 droga wewnętrzna wartości 4.935,85 zł,
- karczowanie pni drzew na drodze dojazdowej wartości 8.017,74 zł,
- wymianę podkładów torfu na odcinku Km 0+017,5 do 0,070 – droga wewnętrzna wartości 151.407,74 zł.

Wykonanie tych prac potwierdza treść zeznań powoda i świadków: M. P., Z. S., W. B., D. C., J. B. oraz sporządzonych i podpisanych przez powoda i przedstawicieli zamawiającego (inspektora nadzoru i kierownika budowy) protokołów konieczności wraz z kosztorysami powykonawczymi, notatki służbowej z dnia 24 października 2011 r. oraz protokołów częściowego odbioru robót, obejmujących także roboty dodatkowe. Fakt wykonania powyższych robót potwierdzają wpisy w dziennikach budowy dokonane przez kierownika budowy i inspektora nadzoru. Wartość wykonanych robót, ustalona załączonymi do protokołów konieczności kosztorysami powykonawczymi, nie była kwestionowana.

Sąd stwierdził, że podnoszone przez pozwanego zastrzeżenia w zakresie prawidłowości wykonanych prac, ich zgodności z prawem (wycięcie drzew przed wydaniem decyzji zezwalającej na wycięcie), terminu realizacji poszczególnych prac i odniesienia tego do zapisów zawartych w Dziennikach Budowy, są bezzasadne i nie mają wpływu na ustalenia dotyczące faktycznego wykonania tych prac. Wycięcie drzew w obrębie ronda odbyło się na podstawie decyzji Starosty (...) z 3 listopada 2011 r., decyzją z dnia 8 grudnia 2011 r. dotyczy tego samego przedmiotu rozstrzygnięcia, z rozszerzeniem jego zakresu o drzewo wiązu. Podobnie kwestionowanie wiarygodności zapisów w dziennikach budowy, w kontekście rozbieżności w datach wpisów i faktycznie wykonanych prac, jest wynikiem działań strony pozwanej jako inwestora, która dziennik budowy na III etap prac, dotyczących drogi dojazdowej do Centrum, dostarczyła dopiero w marcu 2012 r.

W ocenie Sądu opisane przez powoda roboty miały charakter robót dodatkowych. Nie podzielił stanowiska strony pozwanej, że roboty te mieściły się w ramach realizacji zlecenia podstawowego objętego umową, warunkami technicznymi wykonywania robót, zasadami wiedzy technicznej, sztuki budowlanej i obowiązującymi przepisami prawa. Wprawdzie wykonanie tych robót nie zmieniło finalnego rezultatu umowy, jednak warunkowało jego osiągnięcie. Strony w treści umowy w § 1, określając przedmiot umowy, nie wskazują wprost na jej rezultat umowy, ale jako przedmiot zlecenia wskazują „wykonanie prac polegających na wykonaniu...” ronda i drogi dojazdowej. Wskazując na rzeczowy zakres robót odwołują się do opisu przedmiotu umowy, zwartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, szczegółowej oferty przetargowej wykonawcy oraz dokumentacji budowlanej.

W dokumentacji projektowej i przetargowej prace wykonane przez powoda nie zostały wymienione. Wynika do zarówno z kosztorysu ofertowego powoda, jak również z zeznań powoda i świadków M. P., Z. S., W. B., D. C., J. B.. Wymienieni bezpośrednio uczestniczyli w procesie inwestycyjnym i podali, że roboty te były niezbędne do prawidłowego zrealizowania przedmiotu inwestycji. Pominięcie ich w dokumentacji projektowej i przetargowej było efektem nierzetelnego i nieprawidłowego jej przygotowania, czego negatywne skutki strona pozwana stara się przerzucić na wykonawcę inwestycji.

Strony przewidziały możliwość wystąpienia potrzeby wykonania robót dodatkowych, wprowadzając w § 6 umowy warunki, na jakich roboty te mogą być zlecone i wykonane. Zapis umowy stanowi standardowe ustalenie, dopuszczalne w ustawie o zamówieniach publicznych. Zgodnie z tym zapisem, roboty takie nie mogą przekroczyć 50% wartości zamówienia, muszą być potwierdzone protokołem konieczności, zlecone na podstawie dodatkowego zamówienia zamawiającego udzielonego z wolnej ręki, zaś wykonawca jest zobowiązany do wykonania tych robót.

Definicji robót dodatkowych strony nie zawarły w umowie. Do robót takich zalicza się zarówno roboty zlecane przez inwestora ze względu na dokonanie zmian w projekcie czy realizacji (prace dodatkowe wykonane na życzenie inwestora), jak też roboty, które są konieczne do zrealizowania inwestycji, a których nie można było przewidzieć nawet przy dołożeniu należytej staranności (prace dodatkowe konieczne). W niniejszej sprawie zachodzi drugi z przypadków robót dodatkowych. Odnosi się on do regulacji przewidzianej w art. 67 ust. 1 pkt 5) ustawy z dn. 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010.113.759 j. t., ze zm.), dotyczącej zamówień z wolnej ręki, zgodnie z którą zamawiający może udzielić zamówienia w tym trybie dotychczasowemu wykonawcy robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczającym 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnej do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

W okolicznościach niniejszej sprawy spełniły się przesłanki, które uzasadniałyby zakwalifikowanie robót powoda do zamówienia dodatkowego. Żadnej z robót dodatkowych strony nie mogły przewidzieć na etapie postępowania przetargowego. Potrzeba ich wykonania zrodziła się na etapie realizacji inwestycji. Konieczność wycięcia drzew w obrębie ronda powstała na etapie jego szczegółowego wytyczania i nie przewidział tego nawet sam zamawiający, czego dowodem jest wystąpienie o zgodę na wycięcie drzew dopiero w toku realizacji inwestycji. Podobnie potrzeba przełożenia kabla energetycznego kolidującego z separatorem ujawniona została na etapie realizacji, bowiem błędem projektowym było nieumieszczenie go na mapie w dokumentacji projektowej. Potrzeba uszczelnienia kolektora ujawniona została dopiero po odkryciu wierzchniej warstwy ziemi, wówczas bowiem stwierdzono jego nieszczelności. Prace związane z karczowaniem pni na trasie drogi dojazdowej wynikły dopiero w efekcie oczyszczenia tego miejsca z zakrzaczeń i ujawnienia pni po starych wieloletnich drzewach. Potrzeba wymiany podkładów torfowych na odcinku drogi wewnętrznej pojawiła się w momencie zdjęcia wierzchniej warstwy gleby i odkrycia pokładów torfu. Dokumentacja projektowa zamawiającego nie przewidywała tego rodzaju prac.

Okoliczności te wynikają zarówno z dokumentacji, jak też z zeznań świadków bezpośrednio uczestniczących w procesie inwestycyjnym, którzy w przypadku przedstawicieli Miasta bądź inspektora nadzoru, reprezentowali zamawiającego. Sporządzając protokoły konieczności osoby te zakwalifikowały te prace jako roboty dodatkowe, nie przewidziane uprzednio w zamówieniu podstawowym.

Na tę ocenę nie ma wpływu to, że strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe za wykonane prace. Wynagrodzenie ryczałtowe odnosi się bowiem do zamówienia podstawowego, nie obejmuje natomiast robót dodatkowych. Umowa przewiduje system mieszany wynagrodzenia – w przypadku zamówienia podstawowego –ryczałtowe, w przypadku robót dodatkowych kosztorysowe.

Zakwalifikowanie prac powoda jako robót dodatkowych i faktycznie ich wykonanie nie powodowało formalnego zlecenia tych prac przez zamawiającego i zawarcia umowy o ich wykonanie. Zgodnie z umową, potwierdzenie konieczności wykonania robót protokołem konieczności warunkiem złożenia dodatkowego zamówienia na te prace przez zamawiającego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Do postępowania w tym trybie zastosowanie mają ogólne przepisy ustawy prawo zamówień publicznych, w tym norma art. 139 ust. 2 ustawy, która stanowi, że umowa taka wymaga formy pisemnej pod rygorem nieważności. Powód nie wykazał, by ją zachowano. Protokoły konieczności, aby mogły być uznane za pisemną umowę, powinny zawierać wszystkie istotne warunki umowy i być podpisane przez osoby upoważnione do złożenia oświadczeń woli w imieniu strony. Zgodnie z art. 31 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2001 r. nr 142 poz. 1591 j. t. ze zm.), burmistrz kieruje bieżącymi sprawami

gminy i reprezentuje ją na zewnątrz. Kolejny przepis cyt. ustawy w art. 46 stanowi, że oświadczenia woli w imieniu gminy w zakresie zarządu mieniem składa burmistrz jednoosobowo albo działający na podstawie jego upoważnienia zastępca samodzielnie lub z inną upoważnioną osobą. W świetle tej regulacji prawnej oraz w okresie obowiązywania zarządzenia wewnętrznego Nr 1a/2012 Burmistrza Miasta O. z dnia 2 stycznia 2012 r. żaden z przedstawicieli zamawiającego obecny przy sporządzaniu protokołów konieczności nie miał upoważnienia do zawarcia umowy w imieniu zamawiającego. Do zawarcia umowy o roboty dodatkowe w konsekwencji nie doszło (*contractus non existens*).

Brak umownej podstawy wynagrodzenia za roboty dodatkowe przewidzianej w art. 647 k.c. nie pozbawia powoda możliwości dochodzenia roszczeń z innej podstawy prawnej – art. 405 k.c., na co powoływał się w toku postępowania, formułując swoje żądanie jako alternatywne. Sąd Okręgowy powołując się na poglądy orzecznictwa i judykatury wskazał, że przepisy o zamówieniach publicznych nie uchybiają przepisom kodeksu cywilnego o bezpodstawnym wzbogaceniu. Zrealizowanie robót dodatkowych przysparza korzyści pozwanemu kosztem majątku powoda – zaoszczędzenia wydatków na zrealizowanie tych prac. Brak skutecznych umów na wykonanie prac dodatkowych sprawia, że korzyści pozwanej uzyskane zostały bezpodstawnie i powinny zostać zwrócone w trybie art. 405 k.c. Korzyścią jest wartość robót dodatkowych, ustalonych w załączonych do protokołów i nie kwestionowanych przez pozwaną kosztorysach.

Sąd stwierdził, że uzasadnione było także żądanie powoda zasądzenia odsetek za nieterminowe uregulowanie przez pozwaną należności wynikającej z faktury VAT. Umowa w § 5 przewidywała rozliczenie wykonawcy za przedmiot umowy fakturami częściowymi, na podstawie protokołu odbioru, podpisanego przez nadzór obu stron, płatnymi przelewem w terminie 21 dni od daty otrzymania faktury przez zamawiającego. Powód 5 kwietnia 2012 r. wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 395.759,79 zł z terminem płatności do 5 maja 2012 r. i złożył ją zamawiającemu 10 kwietnia 2012 r. Została opłacona 18 maja 2012 r., z 13-dniowym opóźnieniem. Odsetki za opóźnienie wynoszą 1.832,42 zł i odpowiadają kwocie żądanej w pozwie.

Jako podstawę rozstrzygnięcia Sąd Okręgowy wskazał art. 405 k.c., art. 481 § 1 k.c. O kosztach procesu rozstrzygnął na zasadzie art. 98 k.p.c., obciążając pozwaną, jako stronę przegraną, kosztami procesu.

Pozwana zaskarżyła ten wyrok apelacją w całości i zarzuciła:

- 1) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 405 kodeksu cywilnego poprzez przyjęcie, że zasadność roszczeń powoda wywodzi się z przepisu o bezpodstawnym wzbogaceniu, pomimo istnienia zbiegu roszczeń z umowy,
- 2) naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 632 § 1 kodeksu cywilnego poprzez błędną interpretację pojęcia „wynagrodzenie ryczałtowe” i przyjęcie, że wynagrodzenie wynikające z umowy łączącej strony nie obejmowało robót objętych pozwem,
- 3) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, polegający na przyjęciu, że umowa łącząca strony nie obejmowała wynagrodzeniem ryczałtowym robót w postaci karczowania 5 drzew w obrębie ronda, przełożenia kabla energetycznego, uszczelnienia kolektora, karczowania pni drzew na drodze dojazdowej oraz wymiany podkładów torfu,
- 4) niewyjaśnienie wszystkich okoliczności faktycznych mających wpływ na rozstrzygnięcie, poprzez nieustalenie konieczności wymiany pokładów torfu i wartości tych robót,
- 5) naruszenie art. 359 § 2 i § 3 k.c. poprzez orzeczenie o odsetkach w stałej wysokości 13 %, pomimo że powód wniósł o zasądzenie odsetek ustawowych.

Domagała się zmiany zaskarżonego wyroku i oddalenia powództwa, a w razie nieuwzględnienia wniosku – uchylenia wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania oraz zasądzenia kosztów procesu za obie instancje.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja pozwanej jest nieuzasadniona.

Sąd Apelacyjny podziela i przyjmuje za własne ustalenia faktyczne i wnioski zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Ustalenia te mają oparcie w zgromadzonym materiale dowodowym, który został oceniony zgodnie z art. 233 § 1 k.p.c. Końcowe wnioski są konsekwencją prawidłowo zastosowanych przepisów prawa materialnego, z tym zastrzeżeniem że roszczenie powoda powstało w wyniku spełnienia na rzecz pozwanego bez ważnej podstawy prawnej świadczenia, które powinno być kwalifikowane jako nienależne (art. 410 § 2 k.c.), co nie ma jednak znaczenia dla rozstrzygnięcia, z uwagi na zawarte w art. 410 § 1 k.c. odesłanie.

Skarżąca kwestionowała przede wszystkim zastosowanie dla oceny zasadności roszczenia art. 405 k.c. wskazując, że jest to nieprawidłowe z racji zbiegu roszczeń z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia i z umowy. Podnosiła, że strony w umowie określiły wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie całości prac, w związku z czym nie zaistniały przesłanki do zawarcia umowy o roboty dodatkowe, a co za tym idzie, wypłaty wynagrodzenia poza ustalonym ryczałtem. Podstawowe znaczenie dla rozstrzygnięcia miało zatem wyjaśnienie, czy możliwe było ustalenie dodatkowego wynagrodzenia za wykonanie robót, które nie mieściły się w zakresie rzeczowym umowy określonym stosownie do art. 649 k.c., uszczegółowionym w dokumentacji projektowej, wyznaczającej zakres świadczenia wykonawcy robót budowlanych, oraz czy prace wykonane przez powoda należało zaliczyć do tej kategorii. O ile można podzielić zawarte w uzasadnieniu apelacji teoretyczne wywody na gruncie art. 632 k.c. co do charakteru wynagrodzenia ryczałtowego, o tyle nie można zgodzić się ze stanowiskiem, że w ustalonym stanie faktycznym nie było możliwe żądanie dodatkowego wynagrodzenia, ponad uzgodniony ryczałt.

Jak prawidłowo ustalił Sąd Okręgowy, umowa w § 6 przewidywała wprost – poza wynagrodzeniem ryczałtowym – możliwość ustalenia wynagrodzenia dodatkowego za wykonanie robót, których na etapie projektowania nie przewidywano. Jest to dopuszczalne na gruncie kodeksu cywilnego. Ustalenie rodzaju wynagrodzenia – ryczałtowego lub kosztorysowego – kodeks pozostawia dyspozycji stron. Strony mogą umówić się zatem także co do tego, że pewne prace (np. określone w dokumentacji projektowej) mogą być wynagrodzone ryczałtem, inne kosztorysowo. Tylko w sytuacji, gdyby strony nie przewidziały w umowie osobnego wynagrodzenia za prace dodatkowe, rygor z art. 632 k.c., zakazujący „podwyższenia wynagrodzenia”, stałby na przeszkodzie ich dodatkowemu opłacaniu, bez spełnienia warunków z art. 632 § 2 k.c. Nie ma jednak przeszkód, aby w granicach swobody kontraktowania (art. 353¹ k.c.) strony umówiły się, że wynagrodzenie może przybrać dwojaki, mieszany charakter. Trafnie także wskazał Sąd Okręgowy na dopuszczalność odrębnego wynagradzania robót nieobjętych pierwotnym zamówieniem na gruncie art. 67 ust. 1 pkt 5) ustawy z dn. 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010.113.759 j. t., ze zm. – dalej p.w.z.), przy spełnieniu warunków ustawowych analogicznych, do tych, które zostały zastrzeżone w § 6 umowy. W takiej sytuacji dochodzenie umówionego wynagrodzenia za prace dodatkowe nie jest żądaniem podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego objętym zakazem z art. 632 § 1 k.c. Jest to żądanie zapłaty wynagrodzenia za inne prace, niż pierwotnie zakontraktowane, mające oparcie wprost w umowie (art. 647 § 1 k.c. w związku z art. 353¹ k.c.).

Prawidłowo także, zgodnie przy tym ze stanowiskiem strony skarżącej, zostało przyjęte, że nie doszło do zawarcia umowy o ich wykonanie, chociażby z uwagi na brak właściwej reprezentacji pozwanej. Nie ma zatem potrzeby ponownego aprobującego odniesienia się do już przedstawionej w części wstępnej niniejszego uzasadnienia argumentacji. W tej sytuacji Sąd Okręgowy trafnie zakwalifikował świadczenie wykonane przez powoda jako pozaumowne, dokonane bez podstawy prawnej, a zatem kwalifikowane na podstawie art. 410 k.c. i 405 k.c. Warto jeszcze w tym miejscu przytoczyć pogląd Sądu Najwyższego, wyrażony w wyroku z dnia 7 lutego 2013 r., sygn. II CSK 248/12, zgodnie z którym ustawa o zamówieniach publicznych nie reguluje cywilno – prawnych skutków zawarcia przez strony umowy z naruszeniem art. 139 ust. 2 p.z.p., a art. 139 ust. 1 p.z.p. Potwierdza to cywilistyczny charakter umów zawieranych w ramach zamówień publicznych i nakazuje stosować do nich wprost przepisy kodeksu cywilnego. Brak jest zatem podstaw do kwestionowania możliwości stosowania przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu do umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego, która z braku właściwej formy okazała się nieważna i nie może być podstawą dochodzenia wynagrodzenia. Podstawę taką stanowi art. 410 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c., bowiem świadczenie zrealizowane w wykonaniu nieważnej umowy należy kwalifikować jako świadczenie nienależne.

Założeniem tego rozwiązania jest przyjęcie, iż stronie, która skorzystała z efektów prac wykonanych na podstawie nieważnej umowy jest bezpodstawnie wzbogacona (LEX nr 1293945; por. także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2006 r., II CSK 327/06, LEX nr 238947).

Nie jest również słuszny zarzut pozwanej błędu w ustaleniach faktycznych Sądu pierwszej instancji odnośnie braku możliwości przewidzenia prac dodatkowych i ich niezbędności dla osiągnięcia ostatecznego rezultatu, w postaci realizacji inwestycji będącej przedmiotem umowy. Skarżąca zarzucała w apelacji, że zakres rzeczowy robót wynikał ze specyfikacji, tzw. SIWZ, szczegółowej oferty przetargowej i dokumentacji budowlanej. Wykonawca przystępując do przetargu, miał jej zdaniem możliwość i obowiązek zapoznania się z tymi dokumentami oraz warunkami realizacji inwestycji. W mniemaniu skarżącej, wykonawca składając ofertę, przy założeniu, że wynagrodzenie będzie miało charakter ryczałtowy, powinien dołożyć należytej staranności w oszacowaniu rozmiarów i kosztów prac. Pozwana podnosiła też, że powód od lat wykonuje prace na tym terenie Miasta O. i jako profesjonalista powinien był zapoznać się z terenem prac, dokonując wizji lokalnej.

Trafnie jednak ocenił Sąd Okręgowy, że w ten sposób pozwana usiłowała obarczyć stronę powodową skutkami nieprawidłowego przygotowania inwestycji od strony projektowej. Nie można bowiem przyjąć, że wykonawca musiał sprostać tak sformułowanym wymaganiom. Rację ma powód podnosząc, że to na zamawiającym spoczywał obowiązek przygotowania rzetelnej dokumentacji projektowej inwestycji, z uwzględnieniem mogących wystąpić w toku realizacji przeszkód. Wynika to wprost z treści art. 647 k.c. Obowiązkiem wykonawcy było prawidłowe odczytanie projektu, wykonanie inwestycji zgodnie z przedstawioną mu dokumentacją (art. 637 k.c.) oraz – stosownie do art. 651 k.c. – zawiadomienie inwestora o okolicznościach, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót. Nie da się wywieść z tego obowiązku weryfikowania projektu, jeśli chodzi o zgodność zawartych w nim danych ze stanem terenu, na którym ma być prowadzona inwestycja – dokonywania wizji lokalnych, sprawdzania lokalizacji na terenie inwestycji mogących z nią kolidować drzew, urządzeń przesyłowych, czy też robienia odkrywek gruntu w celu ustalenia właściwości podłoża. Są to wszystko obowiązki inwestora, których nie sposób przerzucać na wykonawcę, zwłaszcza jeżeli oznaczałoby to wkraczanie w kompetencje osób wykonujących dokumentację projektową, a więc posiadających wiadomości specjalne (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 5 września 2011 r., sygn. V ACa 373/11, Lex nr 1102965). Powód zawiadomił pozwaną o wystąpieniu rozbieżności pomiędzy dokumentacją projektową, a stanem faktycznym, która została ujawniona dopiero w trakcie wykonywania inwestycji.

Prawidłowe jest zatem ustalenie Sądu Okręgowego, że prace wymienione w pozwie były pracami dodatkowymi, które nie mieściły się w zakresie pierwotnego zlecenia. Świadczy o tym niepodważone w apelacji, prawidłowe, dokonane w oparciu o niekwestionowane dowody ustalenie, że nie zostały wymienione w dokumentacji projektowej i przetargowej. Nie odnosi się zatem do nich domniemanie z art. 649 k.c. W tym kontekście Sąd trafnie wskazał, że nieujęcie w dokumentacji projektowej i przetargowej prac, jakie okazały niezbędne, a konieczność ich wykonania ujawniła się dopiero w trakcie budowy, było efektem braków dokumentacji przygotowanej przez pozwaną. Negatywnych następstw tego stanu rzeczy nie powinien ponosić powód. Należy przyznać mu rację, że przyjęcie przeciwnego stanowiska powodowałoby aprobowanie sytuacji, w której im bardziej wadliwie sporządzona byłaby dokumentacja przetargowa, tym większe korzyści mógłby z tego wywieść zamawiający, co byłoby oczywiście sprzeczne z jego obowiązkiem rzetelnego przygotowania dokumentacji (art. 647 k.c.) i zasadami uczciwego obrotu.

Nie są zasadne zarzuty kierowane pod adresem powoda, że to on powinien, zwłaszcza przy wykorzystaniu wiadomości specjalnych biegłego (art. 278 k.p.c.), wykazać potrzebę wymiany gruntu, karczowania drzew, przełożenia kabla energetycznego i innych prac. Zarzut zbędności tego rodzaju działań dla osiągnięcia umówionego rezultatu nie został podniesiony w postępowaniu przed Sądem Okręgowym. Dopiero jego zgłoszenie skutkowałoby koniecznością rozważenia, czy dla rozstrzygnięcia sporu jest potrzebne sięgnięcie po tego rodzaju środki dowodowe. Wskazać przy tym należy, że konieczność wykonania tych robót potwierdziły osoby reprezentujące pozwaną w ramach swoich kompetencji nadzorczych nad inwestycją oraz w toku postępowania, zeznając jako świadkowie. Protokół konieczności wykonania prac dodatkowych, nieobjętych dotychczasowym zakresem robót, został przygotowany przez przedstawicieli obu stron, uczestniczących w procesie budowlanym, w tym także przez inspektora nadzoru Z. S., kierownika Biura (...) oraz J. B., a osoby te były przedstawicielami inwestora. Potwierdzają to także stosowne

zapisy w dzienniku budowy. Nie mogą być podważone przez pozwaną tylko poprzez poddanie w wątpliwość ich rzetelności. Zgodnie z art. 45 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (j. t. Dz. U. z 2010 r. nr 243, poz. 1623), dziennik budowy stanowi urzędowy dokument przebiegu robót budowlanych oraz zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku wykonywania robót. Sposób prowadzenia dziennika budowy określa rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 26 czerwca 2002 r. w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia (Dz. U. z 2002 r., nr 108, poz. 953). Skoro dziennik budowy jest dokumentem urzędowym, zaprzeczenie prawdziwości zawartych w nim wpisów podlega reżimowi przepisu art. 252 k.p.c. Wobec tego, strona pozwana, chcąc owe zapisy podważyć, winna zaoferować stosowny materiał dowodowy, czego nie uczyniła. Na korzyść zaś strony powodowej przemawiają wzmiankowane powyżej protokoły konieczności i niepodważone ustalenie Sądu Okręgowego, że to pozwaną obciążają konsekwencje nieterminowego dostarczenia jednego z dzienników budowy.

Podobne uwagi można odnieść do twierdzeń pozwanej, że początkowo wykonawca nie uważał prac zamieszczonych w protokołach konieczności za roboty dodatkowe, wymagające zawierania odrębnych umów, a zamiar żądania zapłaty za nie zrodził się później, po wykonaniu całości zadania i zakwestionowaniu przez Miasto jakości kostki brukowej. Twierdzeniom tym przeczy fakt podjęcia przez przedstawicieli obu stron w toku realizacji robót czynności przewidzianych w § 6 umowy: sporządzenia protokołów konieczności, osobnych kosztorysów i potwierdzenia przez inspektora nadzoru ich prawidłowości. Wszczęta zatem została procedura, która stosownie do zapisu umownego powinna spowodować udzielenie dodatkowego zlecenia i jego wynagrodzenie. Okoliczność, w jakim czasie uprawniony zdecydował się wystosować na tym tle roszczenie procesowe, nie ma znaczenia dla jego oceny.

Nie były podnoszone we właściwym czasie przez pozwaną żadne zastrzeżenia, jeśli chodzi o rzetelność sporządzenia dokumentacji kosztorysowej, dotyczącej wyceny robót dodatkowych. Dopiero na etapie postępowania odwoławczego pojawił się także zarzut dotyczący rozmiaru zubożenia strony pozwanej wskutek zaliczenia na jej dobro wartości torfu, który został wydobyty w związku z wymianą gruntu – warstwy podkładowej budowanej drogi. Na obecnym etapie zarzuty te należało uznać za spóźnione w świetle art. 381 k.p.c., a przez to nie podlegające badaniu przez Sąd drugiej instancji.

W tych okolicznościach Sąd Apelacyjny podzielił stanowisko Sądu pierwszej instancji o istnieniu podstaw faktycznych i prawnych do uwzględnienia roszczenia powoda o zapłatę wynagrodzenia za wykonane prace dodatkowe.

Wbrew stanowisku pozwanej, Sąd odwoławczy nie uznał za konieczne dokonywania korekty zaskarżonego wyroku w zakresie wysokości odsetek, ponieważ bezspornie odpowiada ona wartości obowiązujących w dacie wyrokowania przez Sąd Okręgowy i Sąd Apelacyjny (art. 316 k.p.c.) odsetek ustawowych.

Mimo objęcia zaskarżeniem wyroku w części zasądzonej skapitalizowane odsetki od opłaconej po terminie faktury z 5 kwietnia 2012 r., pozwany nie skierował przeciwko niemu żadnych zarzutów. Sąd Apelacyjny ogranicza się zatem do stwierdzenia, że w całości aprobuje dotyczące tego roszczenia ustalenia faktyczne i ocenę prawną, z tym uzupełnieniem, że podstawę zasądzenia odsetek ustawowych od dochodzonej kwoty skapitalizowanych odsetek stanowi przepis art. 482 § 2 k.c.

W konsekwencji oddalił apelację w oparciu o art. 385 k.p.c.

O kosztach instancji odwoławczej postanowił zgodnie z art. 98 i 108 § 1 k.p.c. oraz § 6 pkt 6 i § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (t. j. Dz. U. z 2013 r. poz. 490), obciążając nimi pozwanego.